L'Odyssée Sociale vous présente sa revue mensuelle n°7

L'Olympe Social

Master 2 Droit Social **Promotion 2018 - 2019**

Sommaire

EDITO p.3

Semaine sociale Lamy - La loi « Justice » est publiée **p.4**

Liaisons Sociales Quotidien - La CNIL réglemente le recours à la biométrie sur les lieux de travail **p.6**

Semaine sociale Lamy - Le contentieux du licenciement d'un salarié protégé percuté par le juge judiciaire **p.8**

Dalloz Revues - Le contentieux des licenciements économiques collectifs : une nouvelle illustration de la complexité juridictionnelle en droit du travail **p.11**

LexBase - L'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à un an en sursis ? **p.19**

Dalloz Revues - De la conventionnalité du « barème Macron » **p.26**

Edito

Bonjour à toutes et à tous,

C'est avec joie mais aussi émotion, que nous nous retrouvons ce mois-ci pour ce dernier numéro mensuel de l'Olympe Social qui marque ainsi la clôture de l'année 2018-2019 ! Aussi, c'est au nom de toute l'équipe rédactionnelle mais également, de l'ensemble du Master II Droit Social de Clermont-Ferrand que nous voulions vous remercier pour votre fidélité et votre suivi assidu.

Si le mois d'avril est souvent synonyme d'examens pour l'ensemble de nos lecteurs étudiants, il est également synonyme d'une actualité importante sur le plan social.

En effet, a Semaine Sociale nous rappelle que la loi « Justice 21 » a été publiée au Journal Officiel du 24 Mars 2019. Aussi, cette loi se caractérise par une refonte de la justice, et notamment de la procédure prud'hommale : fusion des Tribunaux d'Instance avec les Tribunaux de Grande Instance, l'extension de la représentation obligatoire par avocat aux contentieux jugés comme « complexes ou très sensibles » (art. L.1453-1 du code du travail), contentieux de la sécurité sociale et résolutions amiables des litiges… C'est pourquoi, et dans l'attente des prochaines déclarations de M. le président E. MACRON qui se veulent d'après le M. Edouard Philippe comme « révolutionnaires », cette loi apparait déjà comme incontournable à l'actualité judiciaire de cette année 2019 !

La CNIL, quant à elle, réglemente le recours à la biométrie sur les lieux de travail.

Mais au-delà des dispositions législatives, la jurisprudence fût également très dense en ce mois d'avril ! Ainsi, le 20 mars dernier, le Conseil d'Etat a rendu une décision très attendue et tendant à clarifier la très poreuse articulation de la séparation des pouvoirs entre le juge judiciaire et le juge administrative dans l'hypothèse d'un licenciement de salarié protégé. A travers cette décision, le Conseil d'Etat déclare donc que le juge administratif doit expressément prendre position sur un arrêt d'un juge judiciaire même non revêtu de l'autorité de la chose jugée dès lors que cet arrêt produit au dossier comporte des indices de discrimination syndicale.

Toujours afin d'illustrer la complexité dans laquelle le droit du travail s'inscrit ces dernières années en matière d'articulation des compétences, la revue DALLOZ SOCIAL nous propose un dossier sur le contentieux des licenciements économiques collectifs.

LEXBASE, quant à lui, revient sur l'épineuse problématique entourant le temps de travail et son aménagement sur une période supérieure à un an. L'auteur rappelle en effet les enjeux et les interrogations qu'appelle un tel aménagement, au regard notamment de l'article 4 paragraphe 2 de la Charte Sociale européenne.

Pendant ce temps les barèmes « MACRON » eux, mesures phares mises en œuvre dans le cadre la des ordonnances du 22 septembre 2017, sont plus que jamais au cœur des débats. En effet, suite à plusieurs décisions récentes de conseils de prud'hommes et de cours d'appel, la conventionnalisation de ces barèmes est plus que contestée. Face à cette problématique touchant au plus près les parties à un litige prud'hommal, Christophe Radé nous propose un commentaire pertinent faisant un point sur ce débat central.

En vous souhaitant une très bonne lecture et du courage aux étudiants en cette période d'examens !

L'équipe rédactionnelle

Semaine Sociale Lamy

La loi « Justice » est publiée

Publié le 1er avril 2019

Validée en partie par le Conseil constitutionnel, la loi de programmation et de réforme de la justice a été publiée au Journal officiel du 24 mars. Certaines mesures intéressent le contentieux social.

Onze mois après sa présentation en Conseil des ministres, le 20 avril 2018, la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vient d'être publiée au Journal officiel du 24 mars, après un passage sévère devant le Conseil constitutionnel (13 articles sur 109 ont été déclarés non conformes, soit 12 % du texte). Retour sur ces mesures.

• Fusion des TI et TGI

La loi fusionne, à compter du 1er janvier 2020, les tribunaux d'instance dans les tribunaux de grande instance et créée à l'article L. 121 du Code de l'organisation judiciaire une juridiction unique qu'elle renomme « tribunaux judiciaires » (TJ) (art. 95).

Lorsqu'un conseil de prud'hommes (CPH) a son siège dans la même commune que le siège d'un TJ ou de l'une de ses chambres de proximité, le greffe du TJ comprendra les services de greffe de cette juridiction et le service de greffe du CPH, dans des conditions propres à garantir le bon fonctionnement du CPH.

La procédure devant le TJ pourra se dérouler sans audience, si les parties en sont à l'initiative. Toutefois, le tribunal pourra décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites (art. 26).

• Représentation par un avocat

La loi codifie à l'article L. 1453-1 A du Code du travail les principes d'assistance et de représentation devant le CPH (art. 5).

La représentation obligatoire serait étendue par décret aux contentieux jugés « complexes ou très sensibles » par le législateur, notamment les litiges relatifs aux élections professionnelles (Rapport annexé). En revanche, l'absence de représentation obligatoire par avocat est maintenue devant les CPH.

• Résolution amiable des litiges

En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut désormais enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur (art. 3).

• Publication des décisions

Les décisions rendues par les juridictions judiciaires seront mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique. La réutilisation des données d'identité des magistrats et membres du greffe ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées, sera notamment punie d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 300 000 euros (art. 33).

• Contentieux de la sécurité sociale

La loi supprime notamment du code de l'organisation judiciaire la distinction entre le contentieux général et le contentieux technique, devenue obsolète au regard de la compétence donnée aux TGI depuis le 1er janvier 2019 (art. 96).

Elle ratifie l'ordonnance n° 2018-358 du 16 mai 2018 relative au traitement juridictionnel du contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale (art. 100).

Loi n° 2019-222, 23 mars 2019 et Décision n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, JO 24 mars

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN

La Cnil réglemente le recours à la biométrie sur les lieux de travail

Publié le 2 avril 2019

Encadrer le recours à des dispositifs biométriques pour contrôler l'accès aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail, tel est l'objet de la délibération de la Cnil datée du 10 janvier dernier et publiée au Journal officiel du 28 mars 2019. Des recours autorisés aux mesures à mettre en œuvre pour sécuriser les données collectées, la Commission pose clairement les règles.

Délibération nº 2019-001 du 10 janvier 2019, JO 28 mars, NOR : CNIL1908954X

La loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 a confié à la Cnil la mission d'établir et de publier des « règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes de traitement de données à caractère personnel et de régir les traitements de données biométriques, génétiques et de santé ». C'est dans ce cadre que s'inscrit la délibération de la Commission du 10 janvier 2019, publiée au JO du 28 mars. Faisant suite à la consultation publique menée au cours du mois de septembre 2018, la Cnil a en effet adopté un règlement précisant le cadre du recours à la biométrie sur les lieux de travail. Un système qui présente en effet des risques en ce qu'il permet d'enregistrer les caractéristiques biologiques, physiques ou comportementales des salariés.

Un recours à justifier

Rappelons que par une délibération nº 2018-009 du 6 septembre 2018, la Cnil a condamné l'utilisation de tout dispositif biométrique à des fins de gestion des horaires des salariés, à moins de « démontrer qu'il existe des circonstances exceptionnelles fondées sur un impératif spécifique de sécurité » (v. l'actualité nº 17672 du 15 octobre 2018).

C'est donc sans surprise qu'elle se montre également stricte s'agissant d'une utilisation à des fins de contrôle d'accès. Celui-ci n'est autorisé que pour contrôler l'accès aux appareils, applications informatiques et locaux limitativement identifiés. Et il incombe au responsable de traitement de démontrer la nécessité du recours à un dispositif biométrique, en détaillant notamment « le contexte spécifique rendant nécessaire un niveau de protection élevé », et « les raisons justifiant l'utilisation de la biométrie plutôt qu'une autre technologie », documents à l'appui.

En outre, les caractéristiques biométriques peuvent être traitées par le biais d'un algorithme rendant impossible leur reconstitution. Elles constituent alors un « gabarit » de données biométriques. La Cnil distingue ainsi trois types de gabarits à distinguer :

- sous maîtrise des personnes concernées (type 1) ;

- sous maîtrise partagée (type 2) ;

- non maîtrisés par les personnes concernées (type 3).

En l'absence de circonstances particulières, le responsable de traitement ne peut recourir qu'au gabarit de type 1. C'est seulement s'il s'avère que le type 1 « n'est pas adapté à l'architecture et au contexte d'exploitation du dispositif » que l'utilisation du type 2 est permise. Et il en va de même pour le type 3, qui ne peut constituer qu'un ultime recours.

Des données à ne pas conserver indéfiniment

Les données à caractère personnel pouvant être collectées sont les suivantes :

- données d'identification : identité (parmi lesquelles la caractéristique biométrique et les clés de chiffrement du gabarit), vie professionnelle, accès aux locaux (plages horaires autorisées par exemple), et accès aux outils de travail. Hors gabarits biométriques, ces données doivent être supprimées dans les six mois, au plus tard, suivant la date de retrait des habilitations ou le départ de la personne concernée ;

- données de journalisation des accès aux locaux et aux outils de travail. Ces données ne peuvent pas être conservées pendant plus de six mois en base active.

S'agissant des données biométriques, l'authentification biométrique basée sur des caractéristiques morphologiques est autorisée en milieu professionnel. En revanche, celle nécessitant un prélèvement biologique (de salive par exemple) est proscrite. Et le choix du type de biométrie doit être documenté et justifié par l'employeur. Les enregistrements bruts ne peuvent en aucun cas être conservés, et les gabarits obtenus à partir de ces enregistrements ne peuvent, quant à eux, être conservés que pendant la durée d'habilitation de la personne concernée.

Un dispositif à sécuriser

Afin de sécuriser le dispositif, toutes les personnes ne sont pas habilitées à traiter les données. Des profils d'habilitation doivent être prévus et revus annuellement. Les personnes concernées doivent, en outre, être individuellement informées et « cette information doit figurer dans une notice écrite remise par le responsable de traitement à chaque personne concernée préalablement à l'enrôlement des données biométriques de ce dernier ».

Le responsable de traitement doit également prendre « toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques que le traitement fait peser sur les personnes concernées et leurs droits, pour préserver la disponibilité, l'intégrité et la confidentialité des données traitées ». Qu'il s'agisse des mesures relatives aux données, à l'organisation, aux matériels, aux logiciels, ou aux canaux informatiques, la Cnil donne le détail de la conduite à tenir.

Elle précise également que même si l'employeur respecte l'ensemble des règles édictées dans cette délibération, cela ne l'exonère pas de l'obligation de procéder à une analyse d'impact avant de mettre en place le dispositif biométrique (v. l'actualité nº 17690 du 12 novembre 2018).

Semaine Sociale Lamy

Le contentieux du licenciement d'un salarié protégé percuté par le juge judiciaire

Publié le 8 avril 2019

Dans le cadre d'un licenciement d'un salarié protégé, le juge administratif doit expressément prendre position sur un arrêt d'un juge judiciaire même non revêtu de l'autorité de la chose jugée dès lors que cet arrêt produit au dossier comporte des indices de discrimination syndicales.

CE, 20 mars 2019, n° 408658

L'itinéraire des autorisations de licenciement n'est pas toujours facile à suivre et à comprendre, surtout quand des remous se font sentir. Entre les recours gracieux, hiérarchique, les recours contentieux jusqu'à la destination finale : le Conseil d'État, entre les annulations de jugement, les effets des jugements, les nouveaux moyens présentés devant le juge, la jurisprudence peut s'enorgueillir d'une belle matière (voir sur ce point l'ouvrage, H. Rose et Y. Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, 5e éd., Éd. Économica). Qu'en est-il lorsque le juge judiciaire rend une décision qui s'insère dans le flux du contentieux administratif du licenciement d'un salarié protégé. La belle mécanique administrative est-elle rompue ou bien la décision ne pèse pas dans la solution retenue par le juge administratif ? C'est l'objet d'un arrêt du Conseil d'État en date du 20 mars qui aura les honneurs du Recueil Lebon.

DEUX DEMANDES D'AUTORISATION DE LICENCIEMENT

L'affaire débute en 2011. Le 26 mai, une demande d'autorisation de licenciement pour faute est adressée à l'inspecteur du travail. Motif : un salarié d'une société spécialisée dans les services aéroportuaires a emprunté sans l'autorisation de l'employeur son véhicule de service pour l'utiliser à des fins personnelles. L'inspecteur autorise le licenciement le 31 août 2011, décision que confirme le ministre le 20 mars 2012. Saisi, le tribunal administratif de Montreuil a annulé le 8 janvier 2013 l'autorisation de licencier pour vice de procédure. L'intéressé est alors réintégré dans l'entreprise et saisit le juge judiciaire en référé (conseil de prud'hommes de Bobigny) pour obtenir le paiement d'une provision pour notamment le paiement d'heures de délégation entre décembre 2009 et septembre 2013 et des dommages-intérêts au titre du préjudice subi pour discrimination syndicale.

Mais l'employeur ne désarme pas et décide de reprendre la procédure pour les mêmes faits en présentant une nouvelle demande d'autorisation de licenciement pour faute. L'inspecteur du travail décide cette fois de refuser l'autorisation de licenciement mais le ministre, sur recours hiérarchique de l'employeur, autorise le

licenciement par une décision du 8 novembre 2013. Saisi à nouveau, le tribunal administratif de Montreuil rejette la demande d'annulation d'autorisation du ministre le 9 février 2015. Le 29 décembre 2016, la Cour administrative d'appel de Versailles confirme la position de Montreuil. C'est cet arrêt qui est discuté devant le Conseil d'État.

DEUX COURS D'APPEL SE PRONONCENT

La Cour administrative d'appel de Versailles est ferme. Elle considère que « les faits reprochés à M. A., dont la matérialité est établie par les pièces du dossier, sont constitutifs d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement ». L'intéressé a en effet emprunté sans autorisation et utilisé à des fins personnelles un véhicule de l'entreprise, « et ceci en dépit du retrait de son permis de conduire et d'un avis médical lui interdisant la conduite d'un véhicule » (CAA Versailles, 29 déc. 2016, n° 15VE01277).

La difficulté examinée par le Conseil d'État provient du fait qu'une autre cour d'appel s'est aussi prononcée sur cette affaire. Suite à l'appel de l'ordonnance rendue par le CPH de Bobigny dans le cadre de la procédure de référé provision, la Cour d'appel de Paris a dans un arrêt du 7 mai 2015 jugé que l'employeur a refusé de régler à l'intéressé « la quasi-totalité des heures de délégation prises depuis le 1er janvier 2010 et à compter du mois d'avril 2013 ». La Cour en concluait que « ces manquements de la société SFS à ses obligations laissaient supposer l'existence d'une discrimination syndicale ».

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris est antérieur à celui de la CAA de Versailles. Mais il est postérieur au jugement du TA de Montreuil et apporte de nouveaux éléments « contemporains de la demande de licenciement adressée à l'inspection du travail ». Or, pour le juge judiciaire, la discrimination syndicale est possible. Pour le juge administratif, la faute du salarié est établie et il pouvait être procédé à son licenciement. Deux analyses opposées pour la même affaire, c'est évidemment gênant. Et pour le salarié qui gagne devant le juge judiciaire et perd devant le juge administratif, c'est parfaitement incompréhensible. Comment analyser la situation en droit ?

L'ARTICULATION DES POSITIONS DES JUGES JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIF

Il y a une première explication. Les deux cours d'appel ne sont pas saisies des mêmes faits. Le juge judiciaire examine le non-paiement des heures de délégation, le juge administratif se penche sur la faute.

Deuxièmement, l'arrêt de la Cour d'appel n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée, il ne s'imposait donc pas juridiquement à la CAA.

Qu'en pense le Conseil d'État ? La situation ne lui semble pas idéale. Certes, d'un strict point de vue juridique, encore une fois, la Cour administrative d'appel de Versailles n'était pas tenue par l'arrêt de la Cour d'appel. Mais pouvait-elle l'ignorer dans un contexte de demande d'autorisation de licenciement où le juge de l'excès de pouvoir doit vérifier que les décisions relatives au licenciement des salariés protégés ne doivent pas être en rapport avec les fonctions représentatives exercées par l'intéressé ?

Or, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris comportait plusieurs indices laissant présager un lien entre le licenciement et le mandat : le constat du non-paiement des heures de délégation, la possibilité d'une discrimination syndicale. La CAA pouvait-elle s'en désintéresser ? À la lecture de son arrêt, on ne trouve nulle trace de la position du juge judiciaire. Il est seulement indiqué au point 6 de sa décision que « la seule circonstance, dont la Cour n'est pas mise à même de connaître le contexte, que l'employeur aurait refusé de lui payer les heures de délégation, n'est pas, à elle seule, de nature à établir que la demande d'autorisation de licenciement présentée par la société SFS présenterait un lien avec le mandat qu'il détient ». C'est donc une fin de non-recevoir qu'oppose la CAA à la prise en compte de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, ce qui lui vaut une cassation pour insuffisance de motivation. Pour le Conseil d'État, la CAA aurait dû « prendre expressément position » sur les

éléments tranchés par le juge judiciaire. Ces indices pouvaient ne pas être retenus mais il aurait dû, en toute hypothèse, en être tenu compte. Autrement dit, la CAA aurait dû dans notre affaire, si telle était son intention, expressément les écarter.

Fort de ces éléments, le Conseil d'État qui décide de régler l'affaire au fond comme il le fait régulièrement en matière de plan de sauvegarde de l'emploi, juge que la demande d'autorisation doit être regardée comme étant en lien avec le mandat en l'absence d'éléments justificatifs présentés en défense par l'employeur.

UNE QUESTION DE MÉTHODE ?

Pour vérifier que le licenciement est sans lien avec le mandat, les juges du fond sont souverains et s'appuient sur la méthode du faisceau d'indices. Selon le rapporteur public Sophie-Justine Lieber, « le juge administratif admet, en principe, largement, les éléments de preuve tendant à démontrer l'existence d'un lien entre le licenciement et le mandat ». Et le rapporteur public de proposer de transposer la méthode « Mme Perreux » au contentieux des autorisations de licenciement. Dans cet arrêt d'assemblée du 30 octobre 2009, le Conseil d'État décide qu'« il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (n° 298348). Cette méthode d'aménagement de la charge de la preuve que le juge judiciaire applique déjà en matière de discrimination (présentation par le demandeur des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, à charge pour le défendeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination) n'a pas été retenue dans le cadre de notre affaire. Mais le débat est posé et la jurisprudence pourrait à terme évoluer.

La CAA pouvait-elle ignorer la position du juge judiciaire dans un contexte de demande d'autorisation de licenciement où le juge de l'excès de pouvoir doit vérifier que les décisions relatives au licenciement des salariés protégés ne doivent pas être en rapport avec les fonctions représentatives exercées par l'intéressé ?

Françoise Champeaux

DALLOZ Revues

Le contentieux des licenciements économiques collectifs : une nouvelle illustration de la complexité juridictionnelle en droit du travail

Publié le 8 avril 2019

L'essentiel
La réintroduction en 2013 du contrôle administratif des plans de sauvegarde de l'emploi n'a pas fait disparaître la compétence du juge judiciaire dans le contentieux des licenciements économiques collectifs. Le partage de compétences qui s'opère alors entre les deux ordres, s'apparente d'ailleurs quelquefois à un véritable enchevêtrement et expose le justiciable aux difficultés de la pluralité juridictionnelle.

Les réformes relatives aux licenciements économiques collectifs se sont accumulées ces quarante dernières années sans que le législateur n'ait véritablement réussi à juguler la complexité de ce contentieux. La disparition en 1986 de l'autorisation administrative préalable aux licenciements pour motif économique avait en effet permis de mettre un terme à l'enchevêtrement des compétences entre les deux ordres de juridiction, mais elle avait donné naissance à un contentieux judiciaire particulièrement abondant autour de la régularité des grands licenciements devant le tribunal de grande instance. Plus récemment, en 2013, le choix de conférer à nouveau à l'administration un rôle-clé dans le contrôle de ces licenciements a eu pour conséquence de replacer la juridiction administrative au coeur de ce contentieux, sans pour autant faire disparaître la compétence du juge judiciaire. Les salariés qui entendent contester la validité de leur licenciement intervenu dans ce cadre sont ainsi parfois contraints de saisir successivement ou concomitamment les juridictions des deux ordres. Cette confrontation au dualisme juridictionnel s'avère certes moins fréquente que sous le régime d'autorisation des licenciements économiques en vigueur de 1975 à 1986, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) n'ayant pas à contrôler la réalité et le sérieux du motif économique pour homologuer le document unilatéral ou valider l'accord collectif majoritaire. Mais elle n'en reste pas moins envisageable, comme en témoigne l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 21 novembre 2018. En l'espèce, une association avait été placée en redressement judiciaire par jugement d'un tribunal de grande instance qui avait adopté un plan de cession ordonnant le transfert de plusieurs contrats à durée indéterminée, ainsi que le licenciement des salariés non repris. Le document unilatéralement élaboré par l'administrateur judiciaire et fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) avait été homologué par le Direccte alors même que ce document écartait toute possibilité de reclassement interne au sein du

groupe, au motif de la forme associative de l'entreprise. Contestant le bien-fondé de leur licenciement intervenu dans ce contexte, deux salariés avaient saisi la juridiction prud'homale. Au stade de l'appel, ces derniers avaient obtenu gain de cause et vu leur licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse sur le fondement d'une insuffisance du PSE et d'une absence de recherche de reclassement tant interne qu'externe. Toute la difficulté de l'affaire résidait dans la délimitation des compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif. Le juge judiciaire n'avait-il pas outrepassé les limites de sa compétence et violé le principe de séparation des pouvoirs en fondant l'absence de cause réelle et sérieuse d'un licenciement sur l'insuffisance d'un PSE homologué par l'administration du travail ?

La Cour de cassation censure la motivation des juges d'appel. Si le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des demandes relatives au bien-fondé des licenciements et au moyen de défense portant sur le respect de l'obligation individuelle de reclassement, sa compétence se heurte en revanche à l'autorité de la chose décidée par l'administration et le contrôle du contenu du plan de reclassement relève exclusivement de la juridiction administrative.

Cet arrêt est promis à une large publicité. C'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur la répartition des compétences entre les deux ordres en ce qui concerne le respect de l'obligation individuelle de reclassement en matière de licenciement économique collectif. Sur ce point, la distribution des compétences retenue s'avère classique et sans surprise : les litiges individuels relèvent du conseil de prud'hommes tandis que ceux relatifs à la légalité de l'homologation incombent au tribunal administratif. La référence à l'autorité de la chose décidée par l'administration suscite en revanche davantage d'interrogations. On peine en effet à déterminer ce que recouvre réellement cette autorité, ce qui rend les contours de la compétence du juge judiciaire assez incertains (I). Partant, le risque de confrontation du salarié au dualisme juridictionnel s'avère également délicat à apprécier. L'étendue de la compétence du juge judiciaire influe en effet directement sur cette confrontation ; plus celle-ci est importante, moins la saisine du juge administratif paraît nécessaire pour le salarié (II).

I. - Des incertitudes persistantes quant aux contours de la compétence du juge judiciaire

Une compétence réaffirmée du juge judiciaire pour les contestations individuelles.

Au visa de l'article L. 1235-7-1 du code du travail, de la loi des 16-24 août 1790, du décret du 16 fructidor an III et du principe de la séparation des pouvoirs, la Cour de cassation précise qu'en matière de grand licenciement collectif économique, le juge judiciaire « demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement ». Cette affirmation ne doit pas surprendre. La loi relative à la sécurisation de l'emploi a certes été présentée comme le symbole d'une défiance du législateur à l'égard du juge judiciaire. Mais, si cette défiance existe, elle a seulement concerné la compétence du tribunal de grande instance et non celle du conseil de prud'hommes. La réforme visait en effet à éviter les contestations a posteriori en rendant possibles des modifications du PSE préalablement à sa mise en oeuvre. À ce titre, le comité social et économique et les syndicats peuvent tout au long de la procédure saisir le Direccte pour qu'il formule des propositions et des observations, voire qu'il use de son pouvoir d'injonction envers l'employeur. Un contentieux reste in fine toujours envisageable mais, compte tenu de l'intervention de l'autorité administrative, il doit être porté devant le tribunal administratif et non plus devant le tribunal de grande instance. Cette compétence est expressément prévue à l'article L. 1235-7-1, alinéa 2, du code du travail. Qualifiée par certains d'inutile, cette attribution légale s'explique par la volonté du législateur d'exclure les recours administratifs en ce domaine et d'éviter les contestations en cours de procédure. À cette fin, les litiges relatifs au contenu de l'accord collectif majoritaire ou du document unilatéral de l'employeur, aux décisions prises par l'administration avant la transmission de la demande d'homologation ou de validation et à la régularité de la procédure de licenciement collectif, ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation. Lorsqu'il apprécie la légalité de la décision administrative

d'homologation du document unilatéral ou de validation de l'accord collectif majoritaire, le juge administratif est ainsi amené à contrôler le contenu même du PSE. L'article L. 1233-57-3 du code du travail prévoit d'ailleurs que l'administration doit s'assurer que le plan de sauvegarde contient les mesures prévues aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du code du travail pour homologuer le document unilatéral. Entre dès lors dans la compétence du juge administratif le contrôle du respect de l'obligation de reclassement dans sa version collective, autrement dit l'existence d'un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement sur le territoire national et d'actions en vue d'un reclassement interne et externe à l'entreprise.

Ces quelques rappels s'avèrent indispensables pour cerner la compétence de la juridiction prud'homale. En tant que juridiction d'exception, le conseil de prud'hommes connaît en effet seulement des litiges entrant dans sa compétence d'attribution et lui échappent les litiges expressément attribués à une autre juridiction. En ce qui concerne le contentieux des licenciements pour motif économique, sa compétence se limite donc aux litiges individuels qui ne relèvent pas de la compétence du juge administratif, à savoir « les litiges relatifs au motif économique du licenciement, à la mise en oeuvre des mesures du PSE ou à l'indemnisation du salarié en cas d'annulation d'une décision administrative ayant procédé à la validation ou à l'homologation de l'accord ou du document unilatéral déterminant le contenu du PSE ». L'arrêt du 21 novembre 2018 complète cette liste en affirmant la compétence du juge judiciaire pour connaître du respect par l'employeur de son obligation individuelle de reclassement. Prévue à l'article L. 1233-4 du code du travail, cette obligation se distingue de l'obligation d'élaborer un plan de reclassement dans le cadre d'un PSE. La finalité de ces deux obligations est en effet différente : « Dans le cadre du reclassement, il s'agit d'une obligation de caractère individuel, l'employeur devant rechercher d'éventuels emplois disponibles dans l'entreprise ou dans le groupe. En revanche, le plan a davantage un caractère collectif puisque son objectif est d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre ». D'ailleurs, la Cour de cassation affirme de longue date l'autonomie de ces deux obligations et considère que la mise en oeuvre d'un plan ne saurait exonérer l'employeur de recherches de reclassement individuel. La compétence du juge judiciaire en ce qui concerne la dimension individuelle de l'obligation de reclassement prêtait donc peu à discussion puisque le juge administratif apprécie seulement le respect de l'obligation de reclassement dans sa dimension collective. Ce n'est d'ailleurs pas sur ce point qu'intervient la cassation.

Des doutes relatifs à la portée de l'autorité de la chose décidée. Après avoir affirmé la compétence du juge judiciaire pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, la Cour de cassation précise que le juge ne saurait « méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi ». Pour comprendre cette référence à l'autorité de la chose décidée, il faut rappeler que les actes administratifs bénéficient en droit administratif d'une « présomption de conformité au droit ». Les motifs qui en constituent le soutien nécessaire ont « autorité de la chose décidée ». Le particulier est en conséquence contraint d'apporter la preuve de leur non-conformité - dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir ou d'une exception d'illégalité - pour faire tomber cette présomption. Cette question de l'autorité de la chose décidée est souvent présente dans les contentieux relatifs aux licenciements des salariés protégés. À défaut d'avoir été annulées ou déclarées illégales, les dispositions qui constituent les motifs décisifs de l'autorisation de licenciement s'imposent en effet au conseil de prud'hommes éventuellement saisi. Le juge judiciaire ne peut alors remettre en cause la qualité de salarié protégé, la régularité de la procédure préalable à la saisine de l'inspecteur du travail ou le bien-fondé du licenciement. Il peut seulement se prononcer sur la régularité de la procédure postérieure à la notification de l'autorisation de licenciement, sur la motivation de la lettre de licenciement ou encore apprécier le degré de gravité de la faute pour les licenciements de nature disciplinaire. Par définition, ces éléments n'ont pas été contrôlés par l'autorité administrative. En l'espèce, la Cour se réfère à l'autorité de la chose décidée par l'administration dans l'attendu de principe, sans davantage de précision, et affirme par la suite que « le

contrôle du contenu de ce plan relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative ». On peut ainsi s'interroger sur les motifs auxquels la Cour de cassation a entendu conférer une telle autorité. Sur ce point, deux interprétations semblent envisageables, avec des conséquences différentes sur les pouvoirs du juge judiciaire.

On peut tout d'abord considérer que les juges du fond ont été censurés pour le seul fait d'avoir apprécié le caractère suffisant du PSE. La cour d'appel avait en effet affirmé qu'elle pouvait apprécier le contenu du plan de sauvegarde homologué et tirer les conséquences de son insuffisance dans un litige individuel opposant salarié et employeur, sans que cela ne la conduise pour autant à apprécier la légalité de la décision administrative d'homologation. Cette argumentation était peu convaincante. Le caractère suffisant du PSE constitue en effet, sans conteste, le soutien nécessaire de la décision d'homologation. Sans cela, l'administration ne peut la délivrer. En s'appuyant sur l'insuffisance du plan pour juger les licenciements sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel portait ainsi clairement atteinte à l'autorité attachée à l'homologation. Compte tenu de ces éléments, la cour d'appel de renvoi semble donc en mesure de confirmer le non-respect de l'obligation individuelle de reclassement, à la condition toutefois de ne plus se référer à l'insuffisance du PSE.

L'affaire laisse cependant présager une seconde interprétation, moins respectueuse de la dualité de l'obligation de reclassement et plus limitatrice des pouvoirs du juge judiciaire. En effet, le PSE comportait en l'espèce un paragraphe 5.1 relatif au reclassement « dans les autres sociétés du groupe » ainsi rédigé : « L'AMF-APA [association Aide aux mères de famille et aide aux personnes âgées] étant une association, aucun reclassement interne ne peut être envisagé ». Or, pour apprécier le respect par l'employeur de son obligation de reclassement, la cour d'appel s'était fondée sur le contenu du plan. Elle avait constaté que les recherches de reclassement interne au sein du groupe n'avaient pas été envisagées et qu'elles avaient même été expressément exclues dans le plan au motif de la forme associative de l'entreprise. Les demandeurs au pourvoi condamnaient ce raisonnement et reprochaient à la cour d'appel de ne pas avoir strictement respecté les prévisions et les prescriptions du plan telles qu'elles avaient été contrôlées et homologuées par l'administration. Ce moyen est repris dans la note explicative relative à l'arrêt, disponible sur le site de la Cour de cassation. Il y est précisé que la chambre sociale devait répondre en l'espèce à la question de savoir si la disposition d'un PSE, homologué par l'autorité administrative et écartant toute possibilité de reclassement interne, lie le juge judiciaire et si, au titre de l'autorité de la chose décidée, elle a nécessairement pour conséquence que le juge judiciaire ne peut constater un manquement à l'obligation individuelle de reclassement interne. En réalité, aucun élément dans l'attendu ne permet d'affirmer que la Cour de cassation ait véritablement repoussé l'argumentation des demandeurs au pourvoi. D'ailleurs, en visant l'autorité de la chose décidée, on peut se demander si la Cour n'a pas entendu conférer des effets particulièrement étendus à l'homologation. Autrement dit, à partir du moment où l'administration homologuerait un document unilatéral prévoyant que le reclassement interne n'est pas possible, cette affirmation s'imposerait au juge judiciaire dans son appréciation du respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement. En l'espèce, la cour d'appel de renvoi ne serait donc pas en mesure de constater un manquement à l'obligation individuelle de reclassement interne puisqu'elle serait liée par la disposition du PSE écartant toute possibilité de reclassement interne. Si une telle interprétation devait être confirmée, la contestation de l'homologation par voie d'exception ou à titre principal s'imposerait, ce qui aurait un impact certain sur le risque de confrontation des salariés à la pluralité juridictionnelle.

II. - Un risque de confrontation des salariés à la pluralité juridictionnelle

Une compétence étroite du juge judiciaire dans l'appréciation de la légalité de l'homologation par voie d'exception. Cette affaire confirme une fois de plus que certains contentieux se prêtent mal au partage de compétences. Il peut en effet arriver que la solution d'un litige, relevant de la compétence du juge judiciaire, dépende de la légalité d'un acte administratif. En l'espèce et compte tenu de la présomption de conformité des actes administratifs, contester la légalité de

l'homologation présenterait un intérêt certain. La Cour de cassation rappelle dans l'arrêt que cette contestation « relève de la compétence exclusive du juge administratif ». Cette exclusivité peut pourtant être nuancée. La jurisprudence a en effet progressivement limité le « jeu byzantin des questions préjudicielles » en assouplissant les conditions de prorogations de compétence entre les deux ordres. Jusqu'en 2011, le juge judiciaire pouvait seulement refuser de transmettre une question préjudicielle à l'autre ordre quand elle n'était pas sérieuse mais il ne pouvait accueillir une contestation sur la légalité d'un acte administratif. Désormais, le juge judiciaire a la possibilité d'unifier le procès lorsqu'il n'existe aucune justification au respect strict des répartitions de compétences et notamment lorsque l'illégalité est manifeste au regard d'une jurisprudence établie ou du droit de l'Union européenne. Or, en l'espèce, l'illégalité de l'homologation semble manifeste au regard d'une jurisprudence établie du Conseil d'État. Ce dernier a en effet considéré dans plusieurs arrêts que, lorsqu'est en cause une homologation, l'administration doit vérifier que le PSE satisfait aux objectifs imposés par la loi, en opérant une analyse globale de l'ensemble des mesures qu'il comporte. En outre, les mesures contenues dans le PSE ne doivent pas être abstraites, mais précises et concrètes. L'employeur doit ainsi indiquer le nombre, la nature et la localisation de l'ensemble des postes de reclassement disponibles dans l'entreprise, voire dans le groupe de reclassement. Une cour administrative d'appel a par exemple justement annulé une décision d'homologation dès lors qu'elle avait constaté que le plan de reclassement ne faisait état d'aucune recherche des postes disponibles dans les autres entreprises du groupe et que les six postes de reclassement prévus dans l'entreprise ne précisaient pas leur localisation. En l'espèce, les salariés pourront donc semble-t-il soulever une exception d'illégalité de l'homologation devant la cour d'appel de renvoi sans que cela ne donne lieu à une question préjudicielle à la juridiction administrative. D'ailleurs, tout en affirmant la compétence du juge administratif, la Cour de cassation aurait parfaitement pu rappeler cette possibilité pour le juge judiciaire de proroger sa compétence en présence d'une jurisprudence établie. En visant uniquement la compétence exclusive du juge administratif sans référence à la jurisprudence du Tribunal de conflits précitée, la Cour de cassation limite dans les faits la compétence du juge judiciaire. Rien n'encourage les juges du fond à se saisir d'une telle possibilité, ce qui laisse craindre pour les justiciables un éclatement du règlement de leur litige. Depuis 2015, on ne peut certes plus réellement parler d'un « risque d'éclatement des litiges » puisque le renvoi préjudiciel s'opère désormais directement de juge à juge et n'oblige plus l'une des parties à saisir le juge de l'autre ordre. Cependant, même perfectionné, le mécanisme de la question préjudicielle entraîne un ralentissement du règlement du litige qui n'a que trop duré en l'espèce. Rappelons que les licenciements avaient été prononcés en 2014.

Une compétence écartée pour l'annulation de l'homologation. Si la cour d'appel de renvoi pourra, semble-t-il, proroger sa compétence pour statuer sur la légalité de l'homologation, cette déclaration d'illégalité lui permettra seulement de recouvrir sa compétence pour apprécier le respect de l'obligation individuelle de reclassement et statuer sur le bien-fondé des licenciements. En revanche, cette prorogation ne lui conférera pas le pouvoir d'annuler les licenciements puisqu'une telle annulation est subordonnée à celle de l'homologation. Or l'annulation d'un acte administratif entre dans la réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif. Figure en effet au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le principe selon lequel « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Seul le législateur peut déroger à ce principe pour une bonne administration de la justice. On touche ici la réelle limite de compétence du juge judiciaire dans le contentieux des grands licenciements économiques collectifs. Cette affaire est ainsi l'occasion de rappeler la confrontation inévitable des salariés licenciés, dans le cadre d'un PSE, au dualisme juridictionnel s'ils entendent obtenir l'annulation de leur licenciement. Dans des affaires similaires à celle étudiée, les salariés ont tout intérêt à se confronter à cette pluralité juridictionnelle en contestant la décision d'homologation ou de validation

dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Les conséquences indemnitaires sont en effet différentes pour le justiciable, selon qu'il se confronte à la pluralité juridictionnelle ou qu'il l'évite en saisissant uniquement la juridiction judiciaire. L'éventuelle annulation de ces actes administratifs, lorsqu'elle intervient pour insuffisance du PSE, comme c'était le cas en l'espèce, entraîne en effet la nullité de la procédure. Or celle-ci permet au salarié d'obtenir soit la poursuite de son contrat de travail, soit l'annulation de son licenciement et l'octroi d'une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois. De telles sanctions sont, il est vrai, exclues pour les salariés qui disposent d'une ancienneté inférieure à deux ans ou qui travaillent pour une entreprise employant habituellement moins de onze salariés ou soumise à un redressement ou à une liquidation judiciaire comme en l'espèce. Ceux-ci peuvent toutefois prétendre à l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'irrégularité de leur licenciement. L'annulation de l'homologation ou de la validation, pour un motif étranger au PSE, permet, quant à elle, la réintégration du salarié lorsque les parties sont d'accord sur ce point et à défaut une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois. L'étude des conséquences qu'emporte l'annulation de la décision d'homologation ou de validation démontre donc tout l'intérêt pour le salarié de saisir la juridiction administrative. La réduction récente du plancher de l'indemnité due en présence d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ajoutée à son plafonnement, renforce d'ailleurs cet intérêt. Le salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté et licencié - dans une entreprise non soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et employant habituellement plus de onze salariés - pour un motif dépourvu de cause réelle et sérieuse ne peut désormais prétendre qu'à une indemnité plafonnée selon son ancienneté et au moins égale aux salaires des trois derniers mois. À l'inverse, l'éventuelle annulation de l'homologation ou de la validation permet à ce même salarié de percevoir une indemnité non plafonnée et au moins égale aux salaires des six derniers mois. Pour les autres salariés, l'enjeu d'une éventuelle annulation - en comparaison avec ce qu'ils pourraient obtenir en contestant uniquement le bien-fondé du licenciement devant le conseil de prud'hommes - semble plus limité. La confrontation à la pluralité juridictionnelle n'en demeure pas moins utile lorsque ce bien-fondé se révèle difficile à contester ou tout simplement pour échapper au plafonnement. Cette situation tranche avec ce qui avait cours antérieurement à la loi relative à la sécurisation de l'emploi. La régularité du PSE relevait certes, à titre principal, de la compétence du tribunal de grande instance, mais les salariés pouvaient invoquer cette irrégularité à titre incident devant le conseil de prud'hommes. Ils n'étaient donc pas soumis aux inconvénients de la pluralité juridictionnelle. Tout ceci met ainsi en lumière la manière dont les répartitions de compétences juridictionnelles peuvent avoir une incidence sur les stratégies contentieuses.

Conclusion. Finalement, peut-être serait-il temps de renoncer à la dualité juridictionnelle dans le contentieux des grands licenciements économiques collectifs. Il ne s'agit pas ici d'abandonner le contrôle administratif des PSE qui joue un rôle préventif efficace depuis 2013, mais de suggérer la création d'un bloc de compétences au profit du juge judiciaire. La jurisprudence du Conseil constitutionnel qui protège la compétence du juge administratif permet en effet la création, à certaines conditions, de tels blocs. Il suffit que soit poursuivi un objectif de bonne administration de la justice - lui-même caractérisé par la recherche d'un amenuisement des « contestations contentieuses diverses » et des contrariétés de jurisprudences - et qu'il soit procédé à cette fin à des aménagements « précis et limités ». Espérons que ces quelques développements permettront de convaincre le législateur de la nécessité de l'unité juridictionnelle en ce domaine !

Cour de cassation (Chambre sociale) 21 novembre 2018 AGS et autres c/ Mme X. et autres Arrêt n° 1668 FS-P+B+R+I, pourvois n°s 17-16.766 et 17-16.767, publiés au Bulletin, D. 2018. 2240.

« Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 1235-7-1 du code du travail, ensemble la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et le principe de la séparation des pouvoirs ;

Attendu, selon le premier des textes susvisés, que l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 du code du travail, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du PSE, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4 ; que ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux ; que si le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, cette appréciation ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que l'association Aide aux mères de famille et aide aux personnes âgées (AMF-APA) a été placée en redressement judiciaire par jugement d'un tribunal de grande instance en date du 10 octobre 2013, M. A... étant nommé en qualité d'administrateur judiciaire et Mme Y... en qualité de mandataire judiciaire ; que le 19 décembre 2013, le tribunal a arrêté un plan de cession de l'association et ordonné le transfert de 320 contrats à durée indéterminée ainsi que le licenciement des salariés non repris ; que le document élaboré par l'administrateur judiciaire et fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, homologué par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi le 24 décembre 2013, indiquait, en ce qui concerne les "mesures d'aide au reclassement dans les autres sociétés du "groupe" destinées à limiter le nombre de licenciements envisagés", que "l'AMF-APA étant une association, aucun reclassement interne ne peut être envisagé" ; que la conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire a été prononcée le 18 avril 2014, Mme Y... étant désignée mandataire liquidateur ; que Mmes X... et Z..., qui avaient été licenciées pour motif économique, ont saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour juger les licenciements dénués de cause réelle et sérieuse et fixer à une certaine somme les créances de dommages-intérêts dues à ce titre aux salariées, les arrêts retiennent qu'il ressort des débats et de leurs écritures que les intéressées doivent être regardées comme soutenant que leur licenciement est sans cause réelle et sérieuse du fait non seulement de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi mais également de l'absence de recherche de reclassement à leur égard, tant interne qu'externe ; qu'il en résulte que ces moyens qui ne concernent pas le bien-fondé de la décision administrative ayant homologué le plan et sont sans incidence sur sa légalité, ne relèvent que la compétence de la juridiction judiciaire ; que, sur la contestation relative au non-respect de l'obligation de reclassement, le salarié est fondé à contester le caractère réel et sérieux de la mesure sur le terrain du respect, par les organes de la procédure collective chargés de mettre en oeuvre les licenciements, de l'obligation de reclassement, cette obligation ayant une dimension individuelle, ainsi que cela résulte des dispositions de l'article L. 1233-4 du code du travail, mais aussi collective, le plan de sauvegarde de l'emploi ne pouvant faire l'économie des mesures de reclassement prévues par les textes susvisés ; qu'en l'espèce, le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans le cadre du licenciement collectif pour motif économique visant le personnel de l'association AMF-APA comporte un paragraphe 5.1 relatif au reclassement "dans les autres sociétés du groupe" ainsi rédigé : "L'AMF-APA étant une association, aucun reclassement interne ne peut être envisagé" ; que force est ainsi de constater que les recherches de reclassement interne au sein du groupe expressément visé dans le plan de sauvegarde de l'emploi n'ont nullement été envisagées et ont même été expressément exclues au motif de la forme associative de l'entreprise, qui ne dispensait toutefois nullement l'employeur de son obligation de satisfaire aux prescriptions de l'article L. 1233-4 du code du travail ; qu'à cet égard, ni le liquidateur ni l'AGS ne produisent le moindre élément sur la structure et l'étendue du groupe, de nature à vérifier que les sociétés ou associations qui en sont membres et au sein desquelles la permutation du personnel était envisageable aient effectivement été interrogées par les organes de la procédure collective, sur les possibilités de reclasser les salariées, étant ici observé que les lettres de

licenciement ne font nulle référence à une quelconque recherche de reclassement ; que dans ces conditions, tant en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que de l'absence de recherche individualisée, sérieuse et loyale de reclassement, les licenciements doivent être jugés sans cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, sur le fondement d'une insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, alors que le contrôle du contenu de ce plan relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative, la cour d'appel a violé les textes et principe susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'ils jugent les licenciements des salariées dénués de cause réelle et sérieuse et fixent dans la procédure collective de l'association à une certaine somme les créances des intéressées à titre de dommages-intérêts, les arrêts rendus le 17 février 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens ».

Marion Galy

L’aménagement du temps de travail sur une période supérieure à un an en sursis ?

Publié le 28 mars 2019

Résumé

Sont contraires à l’article 4 § 2 de la Charte sociale européenne les dispositions des articles L. 3121-41 et L. 3121-44 du Code du travail permettant, en matière d’aménagement du temps de travail, de fixer une période de référence pouvant aller jusqu'à trois ans en cas de convention collective et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur, une période de référence supérieure à un an et pouvant atteindre trois ans pour le calcul de la durée moyenne du travail, n’étant pas raisonnable.

La France a décidément bien du mal à se conformer aux exigences internationales de l’Union européenne ou du Conseil de l’Europe en matière de temps de travail. Après les horaires d’équivalence, les astreintes, les conventions de forfait en jours et les règles relatives aux congés annuels, c’est désormais le régime d’aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine qui est mis sur la sellette à l’occasion d’un litige présenté au Comité européen des droits sociaux le 15 mars 2019. Fruit d’une lente évolution, le régime actuel permet à certaines conditions de calculer le temps de travail des salariés sur une période pouvant aller jusqu’à trois ans (I), durée que le Comité européen des droits sociaux juge déraisonnable au regard de l’obligation faite par l’article 4 § 2 de la Charte sociale européenne de servir une rémunération majorée aux salariés réalisant des heures supplémentaires (II). L’argumentation du Comité, assise sur les durées hebdomadaires déraisonnables auxquelles les salariés peuvent être soumises et sur l’absence de justification objective de la mise en place de ces aménagements, pourra-t- elle produire des effets en droit interne ? Cela dépendra de la position que choisira la Chambre sociale de la Cour de cassation, sachant que le contentieux à venir sur l’aménagement du temps de travail rappelle singulièrement celui qui avait abouti à la refonte du régime des conventions de forfait en jours (III).

I - Modulation et aménagement du temps de travail en France

Histoire et logiques des aménagements du temps de travail. L’ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982, relative à la durée du travail et aux congés payés, marque un tournant dans le droit de la durée du travail en France. Jusqu’alors, les lois successivement empilées depuis la moitié du XIXème siècle s’étaient focalisées sur la réduction des durées maximales de travail quotidienne, hebdomadaire et annuelle, dans un objectif de protection de la santé et de garantie de temps de repos supposants aux travailleurs. L’ordonnance de 1982 rompt en partie avec cette logique en autorisant les partenaires sociaux à négocier sur l’organisation et la durée du travail, ouvrant pour la première fois la possibilité d’un aménagement flexible du temps de travail et créant la modulation du temps de travail, dont le régime juridique sera plusieurs fois amendé par le législateur.

La loi «Aubry II» du 19 janvier 2000 unie les différents régimes de modulation avant que la loi du 20 août 2008 fusionne l'ensemble des dispositifs pour créer le mécanisme d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à une année. Celui-ci prendra sa forme actuelle avec l'adoption de la loi «El Khomri» du 8 août 2016 qui autorise l'accord de branche étendu à porter à trois années la période de référence de calcul du temps de travail et permet, en l'absence d'accord, à l'employeur d'instituer unilatéralement un mode de calcul du temps de travail sur une période supérieure à la semaine.

La modulation ou l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine répond à une logique de flexibilité offerte aux entreprises qui peuvent ainsi adapter les horaires hebdomadaires de travail en fonction de l'activité effective de l'entreprise, sans subir le surcoût lié à la réalisation d'heures supplémentaires pour les périodes de haute activité. Une logique purement économique vient donc compléter, sinon remplacer, les anciens objectifs de protection de la santé des travailleurs.

On notera que le régime actuellement en vigueur, comme les dispositifs antérieurs, ne prend pas en considération les spécificités des activités économiques des entreprises désireuses de mettre en place un tel aménagement, contrairement, par exemple, au mécanisme du travail intermittent auquel il ne peut être recouru que pour pourvoir des emplois qui «par nature, comporte[nt] une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées», alternance qui devrait logiquement résulter de variations de l'activité. La seule véritable condition tient à la conclusion d'un accord de branche étendu ou d'un accord collectif d'entreprise. Cela est relativement étonnant au regard de la règle de principe posée par l'article L. 3121-29 du Code du travail, classée dans la catégorie des dispositions «d'ordre public», selon laquelle «les heures supplémentaires se décomptent par semaine». L'aménagement du temps de travail devrait être une exception, il n'est pourtant que relativement peu encadré.

Régime de l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine.

L'aménagement conventionnel de la répartition du temps de travail en France est régi par les articles L. 3121-41 et suivants du Code du travail.

Son objectif est de permettre le calcul de la durée de travail qui ne soit plus réalisé sur la semaine mais, en moyenne, sur une période de référence maximale d'un an si l'aménagement est mis en place par accord d'entreprise, de trois ans s'il est institué par accord de branche. Pour les salariés à temps partiel, cela implique que la durée hebdomadaire de travail peut varier d'une semaine sur l'autre, à condition qu'elle corresponde, en moyenne sur l'ensemble de la période, à la durée hebdomadaire contractuelle. Pour les salariés à temps complet, les heures supplémentaires ne sont plus décomptées par semaine mais, globalement et en moyenne, à l'issue de la période de référence. Les salariés doivent être «informés dans un délai raisonnable de tout changement dans la répartition de leur durée de travail». La mise en place d'un tel aménagement ne constitue pas une modification du contrat de travail, les salariés ne peuvent donc pas individuellement les refuser.

L'accord conclu doit respecter les prescriptions établies par l'article L. 3121-44 du Code du travail. Il doit, en particulier, établir la durée de la période de référence, les modalités d'information des salariés du changement de leurs horaires et de prise en compte des absences, des embauches ou des départs en cours de période. Si l'accord aménage la durée de travail sur une période supérieure à un an, il doit prévoir «une limite hebdomadaire, supérieure à trente-cinq heures, au-delà de laquelle les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine constituent en tout état de cause des heures supplémentaires dont la rémunération est payée avec le salaire du mois considéré». En n, mais cela n'est pas obligatoire, l'accord peut «prévoir que la rémunération mensuelle des salariés est indépendante de l'horaire réel» et organiser un lissage de la rémunération pour éviter que les

périodes de basse activité ne donnent lieu à des rémunérations trop basses.

Ce régime légal n'avait jusqu'ici pas fait l'objet de véritable contestation. Le Conseil constitutionnel, saisi sur recours préalable à la promulgation de la loi du 8 août 2016, n'avait pas été interrogé par les requérants sur la conformité à la Constitution des dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine. Une question prioritaire de constitutionnalité, présentée par le syndicat FO, contestait en 2017 la conformité des articles L. 3121-41 et suivants du Code du travail, mais seulement pour mettre en cause la possibilité ouverte à l'employeur d'instituer unilatéralement un aménagement du temps de travail à défaut d'accord collectif.

L'action présentée par le syndicat CGT devant le Comité européen des droits sociaux était donc la première véritablement destinée à le remettre en cause.

II - L'aménagement sur une durée supérieure à un an : une période de référence déraisonnablement longue

La saisine du Comité européen des droits sociaux. La CGT saisit le Comité européen des droits sociaux pour contester la conformité du régime français d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine à l'article 4 § 2 de la Charte sociale européenne. Ce texte, intitulé «Droit à une rémunération équitable», dispose que les parties à la Charte s'engagent «à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers».

La CGT soutient que l'aménagement du temps de travail sur une période pouvant aller jusqu'à trois ans prive les salariés de ce droit à rémunération majorée, que les périodes de haute activité peuvent être très longues sans aucune compensation des heures réalisées au-delà de la durée légale de travail. Elle avance également que si les partenaires sociaux sont tenus de fixer un plafond hebdomadaire au-delà duquel les heures réalisées donneront toujours lieu à majoration pour heures supplémentaires, la loi n'impose pas de seuil minimal pour ce plafond. Elle prétend, encore, que l'employeur n'est pas tenu de démontrer une quelconque justification opérationnelle, économique ou sociale pour mettre en place ce type d'aménagement du temps de travail. Elle fait en n valoir que ce dispositif d'aménagement du temps de travail ne permet pas aux salariés de prévoir leur durée de travail.

Le gouvernement français rétorque que ce mécanisme d'aménagement du temps de travail n'est destiné qu'à répondre au besoin de souplesse de certaines entreprises engagées dans des projets s'étalant sur plusieurs années et que, dix-huit mois après son entrée en vigueur, il n'a été adopté que par la branche de la métallurgie. Les salariés concernés par ces aménagements ne seraient pas privés du paiement de majoration pour heures supplémentaires payées en fin de période, sauf à ce qu'ils n'aient pas dépassé en moyenne la durée légale de travail. En n, l'article 4 § 2 de la Charte sociale européenne n'imposerait pas de justification opérationnelle, économique ou sociale comme le soutient le syndicat demandeur.

Les dispositions internationales pertinentes. Comme à son habitude, le Comité européen des droits sociaux dresse la liste des dispositions internationales qu'il estime pertinentes sur la question posée.

Il évoque, d'abord, la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Les articles 6 et 16 de la Directive imposent des durées hebdomadaires maximales de travail de 48 heures par semaine, lesquelles peuvent être calculées en moyenne sur une période de référence d'une durée maximale de quatre mois. Par application de l'article 19 de la Directive, cette période de référence peut exceptionnellement être portée à douze mois par accord collectif «pour des raisons objectives ou techniques ou pour des raisons ayant trait à l'organisation du travail».

Sous l'empire de la précédente Directive 93/104 du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, la Cour de justice des communautés européennes jugeait que cette «période de référence ne peut en aucun cas dépasser douze mois».

Il s'appuie, ensuite, sur plusieurs instruments de l'OIT. D'abord, sur l'article 5.2 de la Convention n° 1 sur la durée de travail aux termes duquel «la durée moyenne du travail, calculée sur le nombre de semaines déterminé par le tableau, ne pourra en aucun cas excéder quarante-huit heures par semaine». Ensuite, sur l'article 6 de la Convention n° 30 sur la durée du travail (commerce et bureaux) qui autorise «dans des cas exceptionnels» le calcul de la durée de travail sur une période supérieure à la semaine à condition que «la durée moyenne du travail calculée sur le nombre de semaines considérées ne dépasse pas quarante-huit

heures par semaine et qu'en aucun cas la durée journalière ne dépasse dix heures». Encore, sur l'article 1er a) de la Convention n° 47 des quarante heures qui stipule que les membres de l'OIT se déclarent en faveur «du principe de la semaine de quarante heures appliqué de telle manière qu'il ne comporte pas de diminution dans le niveau de vie des travailleurs». Le Comité évoque en n la recommandation n° 116 sur la réduction de la durée du travail dont l'article II, B dispose que «le calcul de la durée normale moyenne du travail sur une période excédant la semaine devrait être permis lorsque des conditions particulières à certaines branches d'activité ou des nécessités techniques le justifient».

Motivation de la décision. Après avoir rappelé la règle posée par l'article 4 § 2 de la Charte, le Comité relève que la rémunération majorée des heures supplémentaires «trouve son origine dans la considération que les heures supplémentaires nécessitent, de la part du travailleur, un effort accru». Comme il l'avait déjà exprimé lors de conclusions interprétatives de la Charte, il précise que «l'article 4 § 2 de la Charte est intrinsèquement lié à l'article 2 § 1 qui garantit le droit à une durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire». Le Comité relève que plusieurs Etats parties ont mis en place des régimes de exibilité du temps de travail dans lesquels «le temps de travail est calculé sur la base de la durée moyenne de travail hebdomadaire sur des périodes de référence données», jugeant que ces «arrangements» ne sont pas «contraires à l'article 4 § 2 de la Charte, pourvu que les conditions énoncées à l'article 2 § 1 de la Charte soient respectées», c'est-à-dire que les Etats aient fixé «une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent».

Pour que ces mécanismes dérogatoires soient admis, plusieurs critères doivent être respectés. Premièrement, ces dispositifs doivent empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable. Deuxièmement, ils doivent être établis par un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes, ce qui implique des garanties renforcées lorsqu'ils sont mis en place par accord collectif d'entreprise. Troisièmement, ils doivent prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail. Quatrièmement, les travailleurs doivent être informés clairement et dans un délai raisonnable de tout changement intervenant dans leurs horaires de travail. Seuls les deux derniers critères sont discutés par le syndicat requérant.

S'agissant de la durée de la période de référence, le Comité juge «qu'une période ne dépassant pas quatre ou six mois est acceptable, et que des périodes allant jusqu'à un an au maximum peuvent également être acceptables dans des cas exceptionnels». L'extension de cette période de référence à douze mois est acceptable «sous réserve qu'elle soit justifiée par des motifs objectifs ou techniques ou des raisons tenant à l'organisation du travail», mais que «l'existence de périodes de référence plus longues pour le calcul de la durée moyenne de travail n'était pas admise, indépendamment de la question de savoir si le nombre hebdomadaire d'heures réellement travaillées était inférieur à 48». Il s'agirait, selon le Comité,

d'une question de sécurité juridique parce que «plus la période de référence est longue, plus elle o re de souplesse pour répartir le temps de travail de façon inégale, une situation qui pourrait aboutir, à certains moments, à des durées de travail hebdomadaires excessivement longues», si bien que des durées de 24, 27 ou 36 mois ont déjà été jugées déraisonnables.

Le Comité en conclut «qu'une période de référence n'excédant pas douze mois pourrait être acceptable dans des circonstances exceptionnelles sous réserve qu'elle soit justifiée par des motifs objectifs ou techniques ou des raisons tenant à l'organisation du travail». Il estime cependant «qu'une période de référence d'une durée supérieure à douze mois et pouvant atteindre trois ans a pour e et de priver les travailleurs du droit à un taux de rémunération majorée pour les heures de travail supplémentaires étant donné que la durée de travail hebdomadaire peut être augmentée durant une longue période sans majoration de la rémunération pour les heures supplémentaires. En pareil cas, l'effort accru des salariés ne serait pas compensé par une majoration de salaire et l'on ne saurait considérer que le temps de repos accordé constitue une compensation adéquate, vu la durée potentielle des heures supplémentaires». En définitive, «une période de référence supérieure à un an et pouvant atteindre trois ans pour le calcul de la durée moyenne du travail, telle qu'elle est prévue par le Code du travail, n'est pas raisonnable et est contraire à l'article 4 § 2 de la Charte».

S'agissant du droit des travailleurs à être informés de tout changement d'horaires, le Comité rappelle que les dispositions du Code du travail prévoient des mesures d'information. En e et, l'article D. 3171-5 du Code du travail impose l'affichage dans l'entreprise du nombre de semaines prévues pour la période de référence, ainsi que l'horaire de travail et la répartition de la durée de travail pour chaque semaine de la période. L'article L. 3121-42 du Code du travail, placé dans un paragraphe relatif aux dispositions d'ordre public, impose que les salariés soient informés «dans un délai raisonnable de tout changement dans la répartition de leur durée de travail», ce délai étant fixé par la loi à sept jours à défaut de prévision conventionnelle.

Il en conclut que «les garanties prévues par le Code du travail pour prévenir les salariés des changements de leurs horaires de travail sont appropriées et par conséquent conformes à la Charte».

III - Les critères déterminants : la durée raisonnable de travail et les justifications objectives de l'aménagement

Période supérieure à un an : le lien entre rémunération et durée raisonnable de travail. On pourrait, de prime abord, s'étonner de l'argumentation déployée par le Comité européen des droits sociaux. En quoi la question de la rémunération des heures supplémentaires, dont le principe est établi par l'article 4 § 2 de la Charte sociale européenne est-elle liée aux durées maximales de travail quotidienne et hebdomadaire ? Une grande partie du raisonnement du Comité s'appuie, en e et, sur des instruments internationaux qui garantissent aux travailleurs des Etats parties que des durées maximales de travail ne seront pas dépassées. Le seuil symbolique le plus souvent affirmé, aussi bien par les Directives de l'Union européenne que par les Conventions de l'OIT, est fixé à 48 heures de travail par semaine.

Il est bien fait parfois usage d'une période de référence pour le calcul des durées maximales de travail, notamment par l'article 16 de la Directive 2003/88/CE, l'article 5 de la Convention n° 1 de l'OIT et 6 de la Convention n° 30 de l'OIT. Cette période de référence n'a toutefois pas vocation à cadrer des aménagements du temps de travail mais à limiter, dans la durée, les effets de semaines de travail régulièrement portées à 48 heures. On en retrouve une parfaite illustration dans le droit du travail français qui interdit, sauf dérogation conventionnelle, qu'un salarié soit occupé en moyenne plus de 44 heures par semaine sur une période de douze semaines consécutives.

Lorsqu'un Etat fait le choix de permettre un aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, cela n'a de conséquence que sur la rémunération des heures supplémentaires et non sur le respect des durées maximales de travail qui, avec ou sans aménagement, doivent être respectées.

Le lien «intrinsèquement» noué entre durée raisonnable de travail et rémunération des heures supplémentaires est plus pertinent. A ce titre, l'évocation de la Convention n° 47 de l'OIT incitant les Etats à promouvoir une durée normale de travail de quarante heures par semaine est significative. Surtout, l'article 2 § 1 de la Charte sociale européenne dispose très clairement que les Etats parties s'engagent «à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire». L'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, en particulier sur une période très longue pouvant aller jusqu'à trois années, incite l'entreprise à faire régulièrement travailler les salariés au-delà de la durée normale de travail, parce que le coût de ces horaires réalisés au-delà de la durée légale de travail a toute les chances d'être faible ou nul si l'entreprise compense les périodes de haute activité par des périodes de basse, très basse voire d'absence totale d'activité. Même si l'exemple pris par la CGT est sans doute caricatural , il montre qu'il est alors techniquement possible de faire travailler un salarié pendant de très longues périodes sur une moyenne maximale de quarante-quatre heures par semaine.

Plus que l'absence de paiement des heures supplémentaires, que le Comité accepte si l'aménagement est mis en place pour une durée raisonnable, c'est donc le dépassement chronique de la durée normale de travail, d'autant plus probable que la période de référence est longue, qui constitue le cœur de son raisonnement. Un autre argument nous semble toutefois avoir tenu un rôle primordial dans son argumentation : celui tenant à l'absence de justification objective de l'aménagement.

Période comprise entre six mois et un an : l'exigence d'une justification des aménagements du temps de travail.

Les différents régimes de modulation ou d'aménagement du temps de travail français n'ont jamais pris en considération la situation économique ou l'activité spécifique des entreprises pour conditionner leur mise en place.

Cette règle de justification n'est pas clairement énoncée par la Charte européenne qui, toutefois, reconnaît un droit à rémunération majorée des heures supplémentaires «exception faite de certains cas particuliers». La seule particularité du régime français est de soumettre l'aménagement à la conclusion d'un accord collectif de travail, ce qui n'est pas su sant pour justifier d'une situation particulière. La recommandation n° 116 sur la réduction de la durée du travail de l'OIT est plus précise lorsqu'elle dispose que ce type d'aménagement n'est permis que «lorsque des conditions particulières à certaines branches d'activité ou des nécessités techniques le justifient». Comme il l'avait déjà précisé dans ses conclusions interprétatives, le Comité admet des aménagements sur une période comprise entre six mois et un an à condition qu'elles reposent sur «des motifs objectifs ou techniques ou des raisons tenant à l'organisation du travail».

La défense du gouvernement français était bien faible sur ce terrain. Sans doute nos mécanismes d'aménagements du temps de travail ont-ils été mis en place pour la souplesse qu'ils confèrent à certaines activités qui le nécessitent.

Mais la justification de la règle n'a pas été posée par la loi comme condition de l'institution d'un tel mécanisme, si bien que le juge français ne pourrait, sur le seul fondement du Code du travail, contrôler que l'entreprise qui y recourt justice d'un tel besoin de souplesse. Ouvert très généralement à toute branche ou entreprise ayant conclu un accord d'aménagement du temps de travail, le régime français ne prend pas les atours d'une exception à la règle du calcul hebdomadaire, mais d'un régime pleinement concurrent dont la mise en place est, par ailleurs, favorisée par le développement sans précédent du champ de la négociation collective d'entreprise

ou à défaut de branche en matière de temps de travail.

La reconnaissance d'une exigence de justification opérationnelle, économique ou sociale de l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine pourrait, potentiellement, avoir des conséquences bien plus étendues que la seule remise en cause des accords portant sur une période supérieure à l'année. En rappelant que cette justification s'impose à tout aménagement sur une période supérieure à six mois, le Comité condamne également les aménagements sur des périodes plus courtes qui ne seraient pas justifiés.

La portée incertaine de la décision du Comité. Cette décision du Comité européen des droits sociaux est-elle de nature à bouleverser le droit français de l'aménagement du temps de travail. Cela est loin d'être certain, mais l'hypothèse ne doit pas être écartée.

Incertain car, on le sait bien, l'e et direct des dispositions de la Charte sociale européenne est assez rarement consacré par les juridictions françaises. Les articles 5 et 6 de la Charte relatifs à la liberté syndicale ou l'article 24 relatif au licenciement ont certes déjà eu cet honneur, mais ils font jusqu'ici plutôt gures d'exceptions . La portée juridique de la recommandation n° 116 de l'OIT est sans doute plus faible encore, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'ayant jamais, à notre connaissance, admis l'applicabilité directe de ce type d'instruments .

Si l'hypothèse ne doit toutefois pas être écartée, c'est que l'a aire présentée rappelle singulièrement celle des conventions de forfait en jours sur l'année, elles aussi mises en cause par le Comité européen des droits sociaux . On se souvient que les décisions du Comité avaient finalement trouvé écho auprès de la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2011 . Par une sorte de compromis, la Chambre sociale refusait d'écarter le régime légal français des forfaits jours, mais exigeait des conventions et accords collectifs autorisant d'y recourir qu'ils prévoient des mesures destinées à garantir que la charge de travail demeurait raisonnable et, surtout, que les temps de repos et les durées maximales raisonnables de travail soient respectées.

Les mêmes causes devant produire les mêmes effets, les risques de dépassement récurrents des durées raisonnables de travail pour les salariés soumis à un aménagement du temps de travail sur une période très longue pourraient donner lieu à un épilogue similaire à celui des forfaits jours. A défaut de reconnaître l'e et direct de l'article 4 § 2 de la Charte sociale européenne, ce qui reste parfaitement envisageable compte tenu de la clarté de ce texte, la Chambre sociale pourrait imposer deux exigences aux accords collectifs d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine. Elle pourrait, d'abord, les contraindre à prévoir des mécanismes destinés à éviter que les durées de travail soient durablement déraisonnables. Elle pourrait, ensuite, ce qui serait plus audacieux, exiger que des justifications opérationnelles, économiques ou sociales soient avancées pour légitimer un tel aménagement, y compris pour des périodes de référence inférieure à un an.

DALLOZ Revues

De la conventionnalité du « barème Macron »

Publié le 10 avril 2019

L'essentiel

De nombreuses juridictions prud'homales ont décidé d'écarter les plafonds d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, en raison de leur prétendue contrariété avec les articles 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) de 1982 et 24 de la Charte sociale européenne. Les arguments retenus sont sérieux, même s'ils ne sont pas nécessairement décisifs.

L'hostilité originelle. Dès la première tentative gouvernementale en 2015, le plafonnement des indemnités allouées au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse s'est heurté à une très vive résistance. La première bataille eut lieu devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'adoption de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dont l'article 266 prévoyait un plafonnement variable selon l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise. Cette première offensive fut stoppée nette par le Conseil. La censure du dispositif ne fut toutefois prononcée ni en raison de l'atteinte que réaliserait le barème au droit à indemnisation du salarié licencié, ni en raison de la dérogation apportée au principe de responsabilité personnelle de l'employeur, mais en raison de la violation du principe d'égalité devant la loi qui interdit de traiter différemment des personnes placées dans une même situation, sans justification, de manière disproportionnée ou selon des critères sans lien avec l'objet de la règle en cause. Or les plafonds retenus variaient selon deux critères, le premier, l'ancienneté du salarié, fut écarté car validé par le Conseil, le second, l'effectif de l'entreprise, ne « présentant [pas] un lien avec le préjudice subi par le salarié ». Cette première décision laissait donc clairement la porte ouverte, à tout le moins au regard du principe d'égalité devant la loi, à un nouveau dispositif ne retenant comme critère de plafonnement que l'ancienneté du salarié, ce qui fut fait à l'occasion de l'adoption par le gouvernement de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

Le mélange des genres. Le texte promulgué le 23 septembre 2017 fut immédiatement déféré devant la formation des référés du Conseil d'État et sa suspension exigée, en vain, non pas au regard d'une éventuelle contrariété avec la Constitution, car ces arguments sont réservés au Conseil constitutionnel, mais parce qu'ils méconnaîtraient les « stipulations de l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'article 24 de la Charte sociale européenne en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse d'une indemnisation adéquate et d'une réparation appropriée du préjudice subi ». L'argument fut rapidement balayé.

Comme on pouvait s'y attendre, le Conseil constitutionnel valida le recours au critère de l'ancienneté du salarié à l'occasion de l'examen de la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018, refusant au passage de contraindre le législateur à prendre en compte d'autres critères pour moduler les plafonds. Les demandeurs,

anticipant cette confirmation logique au regard de la précédente décision de 2015, tentèrent bien d'opposer à ces dispositions la garantie des droits de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et le droit d'être indemnisé d'un préjudice, tiré de l'article 4 de la Déclaration de 1789, mais en vain, le Conseil considérant les atteintes observées comme étant suffisamment justifiées, et proportionnées.

L'examen des arguments développés par les requérants montre que ces derniers avaient tenté, de manière astucieuse, d'enrichir le contenu des principes constitutionnels en important des éléments en provenance du droit international, et singulièrement des articles 10 de la convention n° 158 de l'OIT et de l'article 24 de la Charte sociale européenne déjà invoqués devant le Conseil d'État lors de la demande de référé. Ils prétendaient que l'atteinte à la garantie des droits était réalisée en raison de l'absence de caractère insuffisamment dissuasif des planchers, et l'atteinte aux droits des victimes d'actes fautifs, fondée sur l'article 4 de la Déclaration de 1789 depuis 1982, par le caractère inadéquat de la réparation plafonnée.

Le Conseil ne fut toutefois pas sensible à ces arguments et analysa la situation au regard des seules dispositions constitutionnelle interprétées à l'aune de ses propres critères, et en laissant au Parlement une large marge d'appréciation dans la détermination du caractère justifié et proportionné des atteintes constatées.

La résistance de l'inconventionnalité. Il est admis depuis 1975 que les deux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité sont indépendants l'un de l'autre, tant sur le plan matériel que juridictionnel. Il était donc prévisible, compte tenu de l'opiniâtreté des adversaires du plafonnement, que le débat rebondirait sur le terrain judiciaire à l'occasion des premières décisions faisant application des nouvelles règles d'indemnisation mises en place en 2017, comme d'ailleurs cela fut le cas ces dernières années notamment à l'occasion de la réforme de la représentativité syndicale intervenue avec la loi du 20 août 2008.

Depuis quelques semaines et la première décision du conseil de prud'hommes de Troyes, adversaires et partisans du « barème » comptent les points, le tableau d'affichage semblant nettement en faveur de l'inconventionnalité, tout comme les auteurs qui se sont plutôt prononcés en ce sens, notamment Jean Mouly, Julien Icard ou encore Sébastien Tournaux, même si d'autres ont plutôt défendu la conventionnalité du barème, notamment Grégoire Loiseau. La saisine pour avis de la Cour de cassation étant malheureusement, à tout le moins en l'état actuel de la jurisprudence, impossible pour trancher une question de conventionnalité, il faudra attendre que la chambre sociale se saisisse de la question et la tranche pour mettre fin au désordre prud'homal ambiant.

Pour filer la métaphore électorale, la thèse de l'inconventionnalité semble donc en ballottage très favorable (I). Nous voudrions toutefois, au regard d'une lecture très attentive de la décision rendue par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) en 2016 et qui apparaît comme l'un des meilleurs arguments actuels des « anti », montrer que la conclusion qui s'évince de la confrontation entre le dispositif mis en place en 2017 et le droit à une indemnité adéquate et à une réparation appropriée, n'est pas aussi évidente que d'aucuns le prétendent (II).

I. - La possible inconventionnalité

Le caractère très vraisemblable de l'invocabilité directe. Les arguments les plus sérieux tiennent à la contrariété avec les articles 10 de la convention n° 158 de l'OIT de 1982 et 24 de la Charte sociale européenne dont les contenus sont quasiment identiques en ce qu'ils reconnaissent le droit des travailleurs licenciés sans motif valable, et qui ne sont pas réintégrés, à une « indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée ».

La première difficulté qui doit être réglée concerne l'effet direct de ces dispositions et donc le droit pour les salariés d'en invoquer directement le bénéfice dans les litiges les opposant à leurs employeurs. L'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne a été reconnu par le Conseil d'État et celui de l'article 10 de la

convention OIT semble plus que vraisemblable, selon Jean Mouly. Les deux contenus étant identiques, et le dialogue des juges à l'oeuvre depuis des années, il semble assez vraisemblable que lorsque la question lui sera posée la chambre sociale de la Cour de cassation sera certainement encline à l'admettre.

Les arguments en faveur de la contrariété avec l'article 24 de la Charte. La question de l'effet direct de l'article 24 de la Charte est d'autant plus importante que le CEDS, qui est chargé de veiller à son respect par les parties signataires, a, dans une décision fortement médiatisée en date du 8 septembre 2016 (aff. Finish Society of Social Rights c/ Finlande), condamné le recours à un dispositif très comparable au nôtre. Le texte finlandais prévoyait en effet une fourchette comprise en 3 et 24 mois, le plafond étant porté à 30 mois pour les délégués syndicaux, le tout sans préjudice de l'application cumulative d'autres dispositions applicables notamment en matière de réparation des discriminations. Dans sa décision, le CEDS y énonce que, dans le cadre de l'article 24 de la Charte, « les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient : le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours ; la possibilité de réintégration ; des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime ». S'agissant singulièrement du plafonnement, le CEDS considère que « tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte. Toutefois, en cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies de droit (par exemple, la législation antidiscriminatoire) (§ 46). Et pour conclure à la violation de l'article 24, le Comité « considère que dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de travail peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis » (§ 49).

Le barème français serait donc voué au même sort, singulièrement pour les salariés les moins anciens mais subissant de lourds préjudices à la suite de leur licenciement, dès lors qu'ils se heurteraient aux plafonds les plus bas. La messe semble donc dite ; mais est-ce aussi évident ? Rien n'est moins sûr.

II. - La possibilité de la conventionnalité

L'autorité des décisions du CEDS. Les arguments qui ont été mobilisés ces derniers mois en faveur de la conventionnalité du barème sont rares, et parfois fragiles ; certains conseils de prud'hommes ont ainsi pu considérer que le barème ayant été validé par le Conseil constitutionnel il ne pouvait plus être discuté par le biais d'un grief d'inconventionnalité !

D'autres arguments sont plus contingents et tiennent au fait que la décision finlandaise ne vaudrait que pour la Finlande ou encore que, même à considérer que le CEDS aurait condamné tout barème comparable et donc pourrait également porter le même jugement sur le dispositif français, les juges français ne sont pas tenus par ces décisions, qui n'ont pas la même autorité que les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, et qu'ils pourraient donc valider les dispositions nationales envers et contre tous.

La question de l'autorité reconnue au CEDS est particulièrement complexe, même si on peut admettre, avec Jean-François Akendji-Kombé, qu'elle n'est certainement pas différente de celle qui s'attache aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais au-delà de la dimension purement technique du débat, il serait sans doute problématique pour la Cour de cassation de heurter de front le Comité, même si on sait par le passé qu'elle ne s'est pas toujours sentie liée, surtout lorsqu'elle a pu poser ses propres exigences, dans le cadre de son pouvoir interprétatif, pour rendre le droit national conforme aux exigences du Comité.

L'hypothèse de la compatibilité du barème avec la position du CEDS. Il nous semble par ailleurs, et peut-être même surtout, que la décision rendue par le Comité en 2016 ne condamne pas nécessairement le dispositif français, ce qui pourrait inciter

la Cour de cassation à sauver le texte, si tant est qu'elle en ait le désir.

Pour défendre la conventionnalité du plafonnement de droit commun à 24 mois, la Finlande avait en effet fait valoir que le salarié licencié pour un motif discriminatoire pourrait obtenir un complément d'indemnisation dans le cadre des dispositions du droit national. Or, et cette circonstance est explicitement soulignée par le Comité, le demandeur établissait que cette possibilité était ineffective, à défaut d'exemple concret en ce sens rapporté par le défendeur, et qu'en tout état de cause un plafond, certes plus élevé, demeurait applicable ; enfin, l'examen des solutions retenues par les tribunaux finlandais montrait que les salariés ne percevaient jamais plus que ce plafond de 24 mois.

C'est précisément l'absence de preuve de l'effectivité des hypothèses finlandaises de réparation intégrale qui a conduit le Comité à condamner ce barème : « 51. Le Comité relève également que le gouvernement n'a pas fourni, dans son mémoire sur le bien-fondé, d'exemples d'affaires dans lesquelles une indemnisation aurait été accordée pour licenciement abusif sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile [...] » avant de conclure que « le plafonnement de l'indemnisation prévu par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi » et que, « en outre, il ne peut conclure que des voies de droit alternatives sont prévues pour constituer un recours dans de telles situations ».

En d'autres termes, il nous semble que si le CEDS a condamné le dispositif finlandais c'est moins en raison du plafonnement à 24 mois des indemnités qu'en raison de l'absence de démonstration, par le gouvernement, que les cas de déplafonnement trouvaient effectivement à s'appliquer et permettaient, dans les hypothèses les plus scandaleuses, que les salariés puissent effectivement être indemnisés « de manière appropriée ».

On peut donc considérer que, confronté à la même demande, le gouvernement français pourra parfaitement faire valoir, devant le Comité, non seulement que les cas de cumuls et de déplafonnements permettent de prendre en compte les licenciements les plus choquants pour garantir une réparation intégrale des préjudices causés aux salariés, singulièrement dans les nombreuses hypothèses de nullité, et rapporter la preuve de décisions de juridictions prud'homales ou de cours d'appel ayant effectivement fait application de ces possibilités.

La prise en compte globale de l'ensemble des sommes perçues pour compenser le préjudice de perte d'emploi. Il nous semble également que le raisonnement mené autour du plafonnement, et des indemnités de rupture qui sont concernées, pèche par imprécision. On sait en effet que les juges du fond apprécient en partie le préjudice causé par le défaut de cause réelle et sérieuse selon la durée de non-emploi du salarié après son licenciement, pour lui attribuer une indemnité, fixée en mois de salaires correspondant à tout ou partie du temps d'inactivité subi.

Il serait toutefois inexact d'assimiler période sans emploi et préjudice résultant de la « perte d'emploi », et ce pour plusieurs raisons.

En premier lieu, le préjudice de perte d'emploi, dans son aspect financier (privation des salaires), est en partie compensé par le mécanisme de l'assurance chômage dont il n'est pas inutile de rappeler qu'il est financé en partie par une cotisation patronale et qui vise précisément à garantir le salarié contre le risque de perte involontaire de son emploi.

En deuxième lieu, lorsqu'un licenciement est « simplement » dépourvu de cause réelle et sérieuse (c'est-à-dire qu'il n'est pas nul), la rupture du contrat demeure valable, et avec elle toutes ses suites, à commencer par la perte des salaires. Seul le préjudice résultant de l'absence de justification doit être réparé, et non pas toutes les conséquences de la perte de l'emploi qui n'est que la traduction de la liberté contractuelle de l'employeur garantie par la Constitution.

En dernier lieu, la durée de la période d'inactivité après la perte de l'emploi, qui entre en ligne de compte dans l'évaluation du préjudice, ne dépend pas que de l'absence de cause réelle et sérieuse (qui se vérifie en la personne de l'employeur) mais de bien d'autres facteurs dont certains sont liés à la personne du salarié (âge, expérience, qualification, etc. et d'autres à l'état du marché du travail. L'expression du préjudice de perte d'emploi en mois de salaires attribués de manière automatique, comme c'était assez fréquemment le cas avant 2017, est alors erronée, et la fixation d'un plafond inférieur ne signifie donc pas que le principe de réparation intégrale n'a pas été respecté.

La nécessité d'accompagner le plafonnement d'une nomenclature des différents postes de préjudice résultant de la perte d'emploi. Ces dernières remarques relatives à l'identification de ce qui se cache vraiment derrière la référence au préjudice de perte d'emploi montrent bien qu'à partir du moment où le législateur entend intervenir pour cantonner la réparation, il devrait dans le même temps préciser quels postes de préjudice sont visés et ce pour éviter que des demandes présentées « hors barème » ne fleurissent pour contourner précisément les plafonds. Il serait donc souhaitable qu'une méthodologie plus précise soit élaborée, en concertation avec les acteurs de l'indemnisation, comme avait su le faire le ministère de la Justice au milieu des années 2000 pour élaborer la nomenclature Dintilhac.

Christophe Radé

La Commission presse vous remercie

BESCOND Camille (Présidente)

BRUGIERE Juliette

CIBOULET Charlène

COLIN Valentine (Vice-Présidente)

JUILLARD Aurélia

LARIVE Estelle

VALADE Clémence

Retrouvez-nous sur horizonsocial